

«ТАЙНА БЕЗЗАКОНИЯ», ИЛИ РЕВОЛЮЦИОННАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ. ЧАСТЬ 2

Аннотация. Статья посвящена одной из важнейших проблем правовой теории — проблеме «справедливого права». Все великие революции ставили своей целью достижение социальной справедливости, которая ассоциировалась прежде всего с равенством всех перед законом. В значительной мере это объясняет удивительные совпадения тех алгоритмов, по которым развивались эти революции, проходя одни и те же этапы становления. В процессе революции идея равенства нередко подменяла собой идею свободы. Столкновение старого уходящего правового порядка с новыми революционными нормами создавало специфическую ситуацию, чрезвычайное положение или аномию, в которой приостанавливалось действие всякого закона, однако сама государственность, несмотря на изменение ее формы, продолжала существовать. Необходимость создания нового права требовала оформления нового правового порядка, итогом правового строительства становилось принятие конституирующих, нормативных актов, которые закрепляли установившийся порядок. Основное внимание автор статьи уделяет историческому опыту Английской и Французской революций, соотнося его с опытом других революций.

Ключевые слова: право, закон, законность, легитимность, легальность, суверенитет, норма, конституция, обычай, власть, диктатура, демократия, парламент, революция, мятеж, восстание, сила, освобождение.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018. 139.6.007-025

5. «НЕПРЕСТУПНЫЙ ПРЕСТУПНИК»: РЕВОЛЮЦИОНЕР

Эдмунд Бёрк считал, что тот, кто «собирался делать революцию», просто обязан был предъявить для этого обоснования. Теперь же «все становится по-другому»: человек обосновывал свой статус «революционера» тем, что прямо ссылаясь на революцию и ее легитимность; тот, кто раньше был только «бунтовщиком», стал ныне «революционером», хотя суть его деятельности, по-видимому, оставалась

прежней. Новое понятие теперь подразумевало и подчеркивало легитимность актов планирования и целенаправленного осуществления этой деятельности. Ф. Шлегель заметил: «Мирабо сыграл большую роль в революции именно потому, что его дух был революционным, Робеспьер же — потому, что повиновался революции, Бонапарт — потому, что сумел создавать и выстраивать революции»¹. Революциям стали приписывать планируемость и планируемую осуществимость, из стихийной силы они превращались в рационализирован-

¹ См.: Козелек Р. Словарь основных исторических понятий (далее — СОИП). М., 2015. Т. 1. С. 642—643.

© Исаев И. А., 2018

* Игорь Андреевич Исаев, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) kafedra-igp@mail.ru 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

ные, законосообразные и законотворящие события.

Суверенность воли вместо суверенности закона и разума, суверенность страстей вместо суверенности права были актуальны и устанавливались, когда народ переходил от монархизма к демократизму, «однако существенной революции в управлении при этом не происходило, поскольку общий принцип оставался прежним», ведь даже при самой совершенной демократии можно не быть свободным: П. Ж. Прудон с горечью замечал, что власть издавать законы, теперь отождествляемая с суверенностью, так и остается абсурдом, позаимствованным у прежнего деспотизма. Нельзя же считать закон выражением воли, так как он есть только выражение факта², т.е. под вопрос здесь ставилось сама идея «общественного договора».

Апостол Павел предупреждал, что именно «закон разбудит преступление», если назвать непроступное преступным, то так оно и будет. Следовательно, возможно и обратное — упразднив закон, можно упразднить преступление.

В библейской истории Каина, собравшего и сплотившего первое сообщество, следует остерегаться «смешения» между жертвоприношением и смертной казнью, как если бы эти две институции уже существовали прежде их изобретения. Преступление вообще следовало бы отнести к единому понятию «бунт против общественного порядка», предлагал Ницше. При этом бунтаря ведь не карают, его просто подавляют, и наказание для него не есть искупление или расплата — как будто бы между виной и наказанием возможны какие-либо отношения обмена — «наказание не очищает, ибо преступление не пачкает». Закон, который «выходит из успокоения, что было вызвано убийством Авеля», есть общая матрица всех институций. Он сам есть «специфический плод убийства... воспринимаемого в своей угрожающей роли. Коллективное же убийство становится вполне легальным и учредительным только посредством его ритуальных повторений»³.

В отличие от Руссо Иеремия Бентам видел уже в самой форме юридизированного «об-

щественного договора» лишь простую фикцию: ведь по-настоящему естественны только чувства и склонности, но не законы, которые и созданы как раз для того, чтобы сдерживать и обуздывать эту самую природу: Бентам свято верил в пользу законодательства и кодификации. Ведь «если законодатель может по собственному желанию создавать составы преступлений, а следовательно и право, то общество вовсе не гарантировано от его дальнейшего вмешательства и проникновения». Придавая такое важное значение законодательствованию, он тем самым открывал путь широкому и интенсивному вмешательству государства в жизнь. И поскольку «лучшая конституция для каждого народа именно та, к которой он привык, то сохранять существующий строй в силе — значит избегать революции: а так как революция — худшее из всех зол, это значит — действительно работать для счастья общества»⁴. Цель права — мир, но средство для достижения этого — борьба, утверждал Р. Иеринг. До тех пор, пока право будет подвергаться нападению со стороны «неправа», а это будет продолжаться, пока существует мир, — оно не будет избавлено от необходимости борьбы. Жизнь права — борьба: «в борьбе обрешь ты право свое»⁵. Все революции были совершены под этим лозунгом: «Воинами против пацифистов». Один и тот же дух насилия и жертвенности подхлестывал и революцию, и национализм⁶. А. Токвиль говорил, что во времена революций людям в меньшей степени вредят ошибки и преступления, совершенные ими в пылу страсти либо из политических убеждений, чем то презрение, которое они приобретают к тем самым убеждениям и страстям, которые ими управляли поначалу⁷: дух мира убивает дух революции.

В самой мифологии революционного переворота «непреступный преступник» вдруг превращался в столп общественного порядка, когда после кризиса возрождался новый порядок. «Гонительная репрезентация», т.е. переложение причины всех бед на старый режим, оказывалась более интенсивной в самом дискурсе революционного мифа («незатухающая классо-

² Прудон П. Ж. Что такое собственность? Или исследование о принципе права и власти. М., 2010. С. 31—32.

³ Жирар Р. Я вижу Сатану, падающего как молния. М., 1995. С. 93.

⁴ См.: Мишель А. Идея государства. М., 2008. С. 136—138.

⁵ Иеринг Р. Борьба за право // Избранные труды. СПб., 2006. Т. 1. С. 24, 86.

⁶ См.: Ла Рошель П. Фашистский социализм. СПб., 2001. С. 156—158.

⁷ Робин К. Страх. М., 2010. С. 114.

вая борьба», «борьба с ревизионизмом»), чем в реальных политических гонениях на противников⁸. («В смутные времена полиция, насаждающая в жизнь новый закон, формировалась отчасти из вчерашних преступников и поэтому демонстрировала их повадки»⁹.) В революционной борьбе намного сложнее, чем даже в военное время провести четкое различие между «другом» и «врагом» — все находится в состоянии перетекания и двойственности, революционная динамика ломает все устойчивые статусы и представления. Тогда нарождающийся новый закон сам начинает «поименовывать» и давать оценки, он сам определяет, кто есть враг и кто есть друг.

«Не нужно, чтобы политический враг обязательно был морально зол, не нужно, чтобы он был эстетически безобразен, не должен он непременно оказываться и хозяйственным конкурентом... Он есть именно иной, чужой» (Карл Шмитт). Политический враг — это всегда публично борющаяся совокупность людей, это и отличает его от врага «частного», индивидуального: направленность борьбы на целое, ее тотальность неизбежно предполагали и вторжение в эту сферу откровенно иррациональных жизненных решений. «Врожденные преступные наклонности весьма часто проявлялись в виде революционной деятельности, поскольку она, удовлетворяя импульсивность, свойственную определенным типам, прикрывает их неблагоприятные поступки служением идее и дает им нравственное оправдание. Ведь преступник по своей натуре — вечный мятежник, только в бунтах видящий средство удовлетворять свои страсти, тем более что он тогда получает для этого как бы всенародную санкцию. Такие прирожденные преступники по природе являются сторонниками всяческого новаторства, они ненавидят существующий порядок за то только, что он и сдерживает, и наказывает. Для них порядок этот, каков бы он ни был, должен всегда казаться насильственным и несправедливым»¹⁰.

Как замечает С. Жижек, террористы со своей идеологией кажутся подобием мильтоновского «Сатаны» с его «отныне, зло, моим ты благом стань». Хотя они и преследуют дурные

цели дурными средствами, сама форма их деятельности внешне отвечает самому высокому стандарту добра. Уже Руссо понял, что эгоизм категорически не противоречит общему благу, и альтруистские мотивации и нормы могут быть выведены из вполне эгоистических интересов (противоположностью этому является только ресентимент, который заставляет человека действовать вопреки его же интересам: Жижек называет это «террористическим ресентиментом»¹¹).

Преступление, по Гоббсу, уже есть само по себе грех, но не всякий грех — преступление. Там, где прекращается закон, прекращается и грех, но поскольку «естественный» закон вечен, то нарушение договоров и действия, идущие вразрез с этим моральным принципом, никогда не могут перестать быть грехом. Только с упразднением гражданских законов перестают существовать преступления — тогда остаются лишь «естественные» законы. И тогда каждый будет судьей самому себе и может быть обвинен только своей собственной совестью, а если его намерения чисты, то и его проступок не будет грехом. Пуританская революционная идея об «избранных» здесь проглядывает со всей очевидностью: будущие революционеры будут говорить о чистоте намерений революционного пролетариата.

Различение греха и правонарушения у Гоббса приобретает здесь особую ясность: грехом является не только нарушение законов, но также выражение презрения к самому законодателю, ибо такое презрение есть нарушение всех его законов сразу. Поэтому грех может состоять не только в совершении поступка или высказывании слов, запрещенных законом, или в невыполнении того, что повелевает закон, но также в самом намерении нарушить закон¹². (Формальной причиной преступления Гоббс называет сам закон, который, запрещая нечто под страхом наказания, тем самым формирует преступление, поскольку до закона проступок, даже если он и был непозволительным действием, все же не имел формы преступления.)

«Мученик-революционер» сознательно избирает неподчинение властям и трансцен-

⁸ См.: Жирар Р. Козел отпущения. СПб., 2010. С. 75—76.

⁹ Ломброзо Ч. Политическая преступность и революция. СПб., 2007. С. 82.

¹⁰ Ломброзо Ч. Указ. соч. С. 161.

¹¹ Жижек С. О насилии. М., 2010. С. 71.

¹² Гоббс Т. Левиафан. М., 1991. Т. 2. С. 225.

дентность совести и веры, чем он радикально релятивизирует политику. Но он — не бунтовщик, он признает приговор судьей, тем самым благословляя «град людской», оплодотворяет его своей суверенной свободой, вместо того чтобы его расшатывать»¹³. Социология со временем стала усматривать в революции совершенно нормальное социальное явление, которое даже в какой-то мере служит прогрессу. Преступление, т.е. перешагивание, «преступление» через существующий правовой порядок, как раз и позволит новым веяниям найти легальный путь для своего продвижения.

Революционное движение всегда может заявлять о необходимости новой нормы, которая аннулировала бы действующие институты, противоречащие новым требованиям. Обращение к понятию крайней необходимости здесь подразумевает моральную или политическую, но внеправовую оценку, при которой выносится суждение о правопорядке — достоин ли он сохранения или усиления ценой его возможного разрушения. Принцип крайней необходимости выступает здесь как принцип революционный. Высокая цель оправдывает любые средства.

Выходит, что «преступление... в принципе необходимо, поскольку оно связано с основными условиями всякой социальной жизни и уже потому полезно, так как условия, с которыми оно связано, в свою очередь, необходимы для нормальной эволюции морали и права». Но «всякое уже существующее устройство оказывается досадным препятствием на пути к переустройству», и тем более сильным, чем прочнее это первоначальное устройство, поэтому авторитет нравственного сознания не должен быть чрезмерным, иначе все существующие формы застынут в своей неподвижной ненужности. Преступление же не только требует, чтобы был открыт путь для необходимых изменений, но часто само подготавливает эти изменения. Преступление таким образом становится прелюдией для легального преобразования¹⁴.

Реакция консерваторов на этот тезис была ожидаемой. Э. Бёрк усматривал в современной демократии с ее «якобы установленным революцией народовластием» самое «бесстыдное из всех политических чудовищ», по-

зволяющее переключить индивидуальную ответственность на анонимный «весь народ», тем самым выращивая чреватую катастрофами безответственность. В духе юридического учения о «бунте» зачинщиков революции должны называться по-прежнему «государственными преступниками», а саму революцию — «анархией».

Вместе с тем юристы, склонные к идее конституционирования, уже были готовы категорически отграничить «государственную измену» от нейтральной или даже «легализованной» революции, которая, на их взгляд, все-таки была необходима. По замечанию Л. Фейербаха, гражданин «путем революции» только формально становится «государственным изменником», когда его деятельность направлена на совершение насильственного переворота или изменения существующего строя государства. Это всегда предполагает применение насилия и случается, когда «сам правитель или народ в одностороннем порядке нарушают конституционный договор». Если же большинство народа высказывается в пользу перемен в государстве и правитель с этим согласится, то налицо вполне «справедливые изменения»: здесь в юридической формулировке впервые выступает понятие «революции» как вполне законная легализация скопившегося трансформационного потенциала, революция и по своей сути вполне совпадает с реформой¹⁵.

Революция в этом случае приобретает преимущественно преобразовательный, а не разрушительный характер, органично вписываясь тем самым в траекторию либерального прогресса, который и сам осуществляется с такой же неотвратимой необходимостью. Необходимость выше провидения, потому что за ней стоит большинство: «демократия мнения» была вполне способна превратить всякое преступное в непроступное, злое в доброе. Реформа же смягчает социальную напряженность и размягчает революционное напряжение, в ней индивидуальное зло используется на благо коллективного добра.

С точки зрения контрреволюции слово «реформа» само по себе и прежде всякого рассмотрения всегда будет подозрительным для благоразумия, и опыт почти всех столетий подтверждает подобный вид инстинкта.

¹³ См.: Клеман О. Истоки. М., 1994. С. 256—257.

¹⁴ Дюркгейм Э. Метод социологии. М., 1991. С. 467—468.

¹⁵ См.: СОИП. Т. 1. С. 638—639.

Всякая политическая конституция имеет существенные недостатки, которые зависят от самой ее природы и от которых невозможно избавиться, поскольку они видоизменяются в соответствии с обстоятельствами и их перестают замечать. Социальная гармония покоится на законе смягчения: диссонанс неизбежен, его невозможно изжить, но можно смягчить, равномерно распределяя: выходит, что сам недостаток становится элементом совершенствования.

Якоб Бурхардт утверждал, что всеобщее право голоса, логическое противостояние божественному праву и древнему авторитету, с присущей ему неопределенностью, могло быть перенесено на любую сферу государственного существования. Политическая свобода, появившаяся лишь после утверждения этого принципа, опирающегося на теорию равенства, имеет или завоевывает себе полномочия на вечный пересмотр существующего положения вещей. И именно «после его появления конституции стали постоянно вызывать сомнения, а формы государственной власти — подвергаться непрерывным преобразованиям»¹⁶. Революционное право по своему существу ориентировано на политическую относительность.

О политических установлениях трудно судить только по их постоянным следствиям: причина же, исходя из, казалось бы, доказанной гипотезы, не обязана иметь никакого логического соотношения со следствием, и «неуместность благого установления сама по себе... бывает только неизбежным диссонансом...»¹⁷.

6. «НЕСПРАВЕДЛИВОЕ» ПРАВО

Опыт показывает, что люди меняют власть с большей легкостью, нежели закон (Порталис): всякий военный «неидеологический» государственный переворот представляет значительно меньшую угрозу неизменности закона, чем революция. «Идеологическая же революция, проникающая во власть посредством манипуляций с правовыми формами, представляет собой именно тот вид изменений, который с гораздо

большей вероятностью порождает сомнения относительно того, остаются ли в силе прежние законы»¹⁸.

Революция, в которой соперничающие между собой притязания на власть «выдвигаются внутри одной группы», есть только один из случаев, нарушающих существующий правовой порядок (другими могут быть как война и оккупация, когда такие притязания приходят извне, так и анархия, т.е. крах упорядоченного правового контроля), который, хотя и включает в себя нарушение некоторых законов существующей системы, но может повлечь за собой только юридически несанкционированную смену групп официальных лиц, а не новую конституцию или правовую систему.

Новая правовая система появляется из утробы старой в переходные моменты. Но возможно и временное прерывание существования правовой системы, после чего она восстанавливается заново (изгнание оккупантов, подавление и разгром мятежников). При этом такая реставрация всегда требует ответственного понимания того, что было или не было правом на данной территории в предшествующий период и можно ли эту ситуацию описать как прекращение существования прежней системы и создание новой, только аналогичной прежней системе, т.е. как восстановление или как формирование системы заново¹⁹.

Отделение понятия «государство» от понятия «форма правления» заставляет признать, что последняя подчинена необратимому закону изменяемости и совершенствования: «Политическое преступление поэтому перестает считаться в этом случае угрозой самому существованию общества и государственности: мы теперь отличаем попытку изменить форму правления от покушений на все то, что, будучи результатом физических, экономических и исторических причин, является прочной основой единства и независимости нации». «Естественный» закон в этой ситуации вполне совпадает с юридическим, позитивным, а стремление насильственно изменить тот строй, который большинство считает для себя приемлемым, одинаково оскорбляет сразу оба закона.

И напротив, грандиозные, медленные и мирные революции, в которых участвует

¹⁶ Бурхардт Я. Размышления о всемирной истории. М., 2004. С. 469.

¹⁷ Местр Ж де. Об отсрочке Божественного Правосудия в наказании виновных. СПб., 2017. С. 100—101.

¹⁸ Фуллер Л. Мораль права. М., 2007. С. 171.

¹⁹ См.: Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб., 2007. С. 121—122.

весь народ во имя новых политических взглядов, разделяемых большинством, устанавливающие новое правопонимание, нисколько не противоречат «естественному» закону, хотя вместо позитивного старого закона и провозглашают новый²⁰.

Для переходного чрезвычайного положения характерно не столько смешение властей, сколько изоляция «силы закона» от самого закона, применимости нормы от ее формальной сущности. В этой ситуации норма находится в действии, но не применяется, т.е. не имеет силы, зато акты, не имеющие значимости закона в этой ситуации обретают силу. Чрезвычайное положение — это пространство аномии, в котором ставкой является «сила закона» без закона («силы»). Такая сила, где потенциал и действие полностью разведены, является «неким мистическим элементом, или скорее некой фикцией»²¹. Как правило, революционные правительства называют себя «временными», обещая стабильный порядок только в будущем. Поэтому неизбежно, что революционное право — это всегда право «чрезвычайной ситуации», в которой пребывает «сила права», но не само право.

Новое же государство одновременно с этим стремится гарантировать через свои органы и промежуточные звенья, стоящие между ним и индивидом, установившийся порядок вещей, и тем самым подрывает его своим новым законодательством. По отношению к социальным посредствующим властям верховная власть является настоящим агрессором и вампиром. Как отлаженный механизм государство только «автоматически исполняет свою охранительную роль, как сущность же, живущая своей собственной жизнью, оно требует для себя пищи», развиваясь и возрастая за счет общественного социального строя и его ресурсов. (Уже через своих легистов средневековая монархия настойчиво вмешивалась в отношения между сеньором и его подданными: по словам Шекспира, феодальная монархия и феодальная аристократия — это «две львицы, рожденные в один день». Аристократия достаточно долго и упорно полагала пределы монаршей власти, однако последняя и не собиралась вовсе

устранять это социальное препятствие: «монарх не мог уничтожить дворянство, которое было порождено, как и он сам, одним и тем же социальным строем и которое сосуществует вместе с ним. Даже стремясь к унификации и единообразию, монархия не шла в этом до конца, — и только революция решит эту проблему самым кратчайшим и жестоким образом²²: именно несовпадение правового статуса и реальной социальной власти, находившейся в руках у сословий, и послужило одним из важнейших поводов и факторов революции.)

Но и потребность в преемственности права независимо от перемен в правительстве оставалась очевидной и становилась настоящей проблемой, когда право пытались определить как «эманацию формальной власти и исключали из его функционирования всякое возможное влияние человеческих суждений и озарений» (Л. Фуллер)²³.

В реальной же жизни законно учрежденные власти и правительства неоднократно свержались как раз во имя закона. Угроза «беззаконной революции» могла затруднить поддержание законности в действиях правительства, даже искренне преданного делу законности. Но о несправедливости «беззаконной и неограниченной власти», выражающей себя в непредсказуемых и бессистемных вмешательствах в людские дела, можно было говорить лишь в том смысле, что она действует «не по известным правилам»: пока не был найден некий «скрытый принцип... который направляет эти вмешательства, едва ли можно назвать ее несправедливой в более определенном смысле» (Л. Фуллер).

Чрезвычайное положение в революционной ситуации отделяет норму от ее применения как раз для того, чтобы сделать возможным само это применение: оно и вводит в область правовой аномии, чтобы сделать возможной эффективную нормализацию реальности. В этом поле правового напряжения минимум действенности совпадает с максимумом применения. Здесь норма действует без какой-либо отсылки к реальности²⁴.

Право действует не потому, что может эффективно осуществляться: оно и действует

²⁰ Ломброзо Ч. Указ. соч. С. 382.

²¹ Агамбен Дж. Ното sacer. Чрезвычайное положение. М., 2011. С. 62—63.

²² См.: Жувенель Б. Естественная история власти и ее возрастания. М., 2010. С. 223—227, 257.

²³ Фуллер Л. Указ. соч. С. 179, 188, 189.

²⁴ Агамбен Дж. Указ. соч. С. 60.

лишь потому, что оно эффективно осуществляется, так как только в этом случае оно способно реализовать правовую стабильность. Позитивное право зиждется на мире, устанавливаемом с его же помощью, на порядке, который кладет конец войне всех против всех. «По мне лучше совершить несправедливость, чем терпеть отсутствие порока», — говорил Гёте. «Пока революционным боям не сопутствует убедительная победа, я слежу за ними с неодобрением, которое продиктовано не столько моим правовым чувством, сколько моим чувством порядка» (Т. Фонтане)²⁵. Для правового порядка просто необходимо наличие порядка.

Исходным нормативным пунктом, из которого рождается система и проистекает действие нового права, является сама, не из чего не выводимая, «авторитетная воля»: с точки зрения нормативизма сначала выводится действие одной юридической нормы из других юридических норм, затем действие административного предписания из закона, наконец, действие закона из конституции: конституцию же такая «чистая» юридическая теория действия может и должна понимать как причину самой себя, т.е. как первопричину собственного возникновения: такая теория в споре между обычаем, моралью и правом всегда стояла на стороне права. В борьбе же между законностью и революцией, старым правом с новой теория права всегда оказывалась защитником права, который односторонне излагает позицию той стороны, которой служит, и никогда не пытается найти действительно объективное решение²⁶.

В рамках чистой теории права «даже власть диктатора может быть представлена только как явно или неявно делегированная ему основным законом, стоящим на вершине правовой системы. Правовой порядок, с этой точки зрения, означает иерархию, систему предписаний, исходящих от основной нормы. Здесь нет категорического различия между публичным и частным правом, между естественным человеком и юридическим лицом. Предполагается, что государство примиряет справедливость с политической необходимостью, однако за-

кон оказывается самым разрушительным из всех орудий в политической борьбе в «силу того ореола, который окружает понятия права и справедливости»²⁷.

Революция навязывает закону свой единственно «правильный стиль»: А. Токвиль увидел в революции «жестокый и стремительный процесс, с помощью которого политическое состояние государства адаптировалось к его общественному состоянию, реальность — к идеям, а законы — к нравам».

В противовес реальному политическому обществу и рядом с ним появляется некое «общество воображаемое»: «в первом действовали те, кто управлял страной, во втором — те, кто формулировал абстрактные принципы, в соответствии с которыми следовало ею управлять». Даже в реальной политике пришедших к власти из подполья и сект идеологов сразу же обнаружилась все та же «тяга к литературным обобщениям, стройным законодательным схемам и абсолютной симметрии законов», все то же презрение к реальным фактам и желание одним махом переделать государственное устройство²⁸: мифическая добродетель и иллюзорная справедливость становятся определяющими реальность символами. Метафоры, почти литературные, наполняют революционный дискурс, творя новую реальность. (Стиль революционного мышления неизбежно порождает абстракции: Ипполит Тэн назвал этот стиль «классическим духом», который заимствует у точных наук тягу к абстрактным построениям, пренебрежение опытом и поиск антиисторической научной универсальности. Этот дух оказал явное влияние и на событие 1789 г.: он воцарился в Национальном собрании, и во имя абстрактных принципов свободы и равенства были уничтожены установления прошлого. «Одним из самых ужасных его последствий стали якобинская диктатура и кровавые безумства наследников Руссо в годы террора»²⁹).

Будучи юридически необходимыми, но произвольными по существу, внезапные и резкие усилия, предпринимаемые для ускорения политического и социального прогресса, «нефи-

²⁵ Цит. по: Радбрух Г. Философия права. М., 2006. С. 99.

²⁶ Радбрух Г. Указ. соч. С. 93.

²⁷ Нойман Ф. Л. Беремот. СПб., 2005 С. 47, 74.

²⁸ См.: Ферроне В., Рош Д. История и историография Просвещения // Мир Просвещения. М., 2003. С. 520—531.

²⁹ Цит. по: Мир просвещения. С. 532.

зиологичны»: юридически необходимые для угнетенного меньшинства, они все же остаются антисоциальными, а потому — преступными: еще Ликург говорил: «Задумать проект, опасный для государства, то же самое, что его исполнить». Революция представляет собой нечто фактически, но не юридически существующее. Юридически ее оправдывает только перемена ненадежного общественного мнения. Тогда тот, кто стремился насильственно противодействовать желаниям большинства, объявляется преступником: «Всякая действующая политическая система, всякая царствующая власть претендует на законность и соответствующим образом карает своих противников: при этом существующие формулы закона даже не меняются: часто одна и та же служит как той власти, которая пала, так и той, которая ее заменила».

В ситуации чрезвычайного переходного положения государство продолжает существовать, даже тогда, когда право отходит на задний план. В этой ситуации судья продолжает разрабатывать новое позитивное «кризисное» право, подобно тому, как в мирное время он заполнял правовые лакуны. Крайняя необходимость в состоянии указывать на пробелы в публичном праве, которые должны быть заполнены исполнительной властью. «Далекое от того, чтобы реагировать на лакуну в законодательстве, чрезвычайное положение выступает как создание в системе фиктивной лакуны, необходимой для того, чтобы защитить существование нормы и ее применимость в обычной ситуации». Лакуна располагается не внутри закона, но затрагивает его отношение к реальности, саму возможность его реализации. Чрезвычайное положение создает пространство, в котором закон как таковой остается в силе, хотя его применение и приостанавливается³⁰.

Всякая политическая организация, воспринятая большинством как легальная, есть механическое проявление «инстинкта общности», который является источником всех прав и обязанностей для индивидуума, принадлежащего к данной организации. Здесь оскорбление нравственного чувства отступает на задний план перед необходимостью для со-

циального ядра защищать свою политическую организацию³¹. (Истинное законодательство всегда лежит по «ту сторону окружности, положившей пределы человеческой власти». Миф намного вернее, чем древняя история, спешит подтвердить доказательства: это повсеместно оракул, устанавливающий города, объявляющий о божественном покровительстве и успехах «героя-освободителя». Особенно цари, вожди возникающих империй непременно отмечены и запечатлены небом³²).

Обязанность повиноваться закону вовсе не зависит от содержания закона, но проистекает из самой внешней специфики позитивного закона, который производит искусственный порядок, заложенный в искусстве править. Только суверен в состоянии превратить «естественный» закон в действующий позитивный: «В этой картине мира, с одной стороны, “естественный” закон проецируется на мир теории как абстрактная и идеальная норма, применение которой никогда не происходит целиком, но определяется при сопоставлении с человеческим законом; с другой стороны, человеческий закон полностью отдается во власть искусства политики и практики, единственная точка соприкосновения которого с трансценденцией находится для подданного — в обязанности подчиняться, а для суверена — в индивидуальной совести»³³. Неуважение к закону тогда уже само по себе становится смертным грехом.

Власть предрежащие остро чувствуют настроения масс и используют свою силу для предотвращения будущих переворотов. Их сила основана на том, что в прошлом у людей уже были сформированы установки на подчинение и приказы, которые превратились в стимул для реакции повиновения: однажды возникнув, любая властная структура продолжает существовать благодаря такой «социальной инерции» — речь идет об установках на «господство — подчинение»³⁴. («Только попытайтесь установить закон, зафиксировав в письменном виде случай, когда король имеет право распустить парламент, и вы вызовете революцию», — угрожал некий лорд на заседании Палаты общин.)

³⁰ Агамбен Дж. Указ. соч. С. 52—53.

³¹ Цит. по: Ломброзо Ч. Указ. соч. С. 383—384.

³² Местр Ж. де. Указ. соч. С. 96.

³³ Цит. по: Проди П. История справедливости. М., 2017. С. 214.

³⁴ Тимашев Н. С. Феномен власти // Методологические работы 1920—1930 гг. М., 2010. С. 163.

Воля, составляющая настоящую сущность власти, здесь противопоставляется разуму как рациональной сущности права. Существо же закона заключено не в разуме, но в принудительной команде, не в интерпретации, но в приказе. Уже Гоббс был уверен, что если под буквой закона подразумевать его буквальный смысл, то буква и будет то же, что и сам смысл или намерение закона. Суверен же — это тот, кто издает законы, здесь законодатель одновременно является толкователем и интерпретатором своего произведения: «Толкование всех законов зависит от верховной власти, и толковать закон могут только те, кого назначит для этого суверен. Тем самым устраняются все остальные интерпретаторы: только власть толкует и дает имена, превращая свои высказывания в законы»³⁵. Власть своей силой обеспечивает адекватность такого толкования реальному положению вещей, осуществляя принуждение и тем самым формируя и порядок, и закон.

Смысл любого правоустанавливающего насилия состоит в учреждении нового закона. Насилие здесь не является отрицанием закона, «как полагают те, кто ослеплен его разрушительной силой», напротив, оно и учреждает закон. «Но идея нового закона таит в себе противоречие. По своей сути закон — это некий «древний закон». И насилие лишь обнаруживает себя в качестве обновителя и открывателя этого древнего закона. Тем самым в насильственном акте бывший устойчивым закон постоянно преобразуется в новый закон»³⁶. Учреждающая власть здесь не является только вопросом силы, она скорее власть, которая, не будучи сама учрежденной конституционно, тем не менее находится в такой связи с действующей конституцией, что выступает в качестве фундирующей власти, «так что вследствие этого она не подвергается отрицанию даже тогда, когда ее будто бы отрицает действующая конституция». Будучи юридически «бесформенной», она все же представляет собой «минимум конституции»³⁷.

Справедливость как одна из базовых революционных мифологем, в этом процессе незаметно подменяется законностью, качеством,

легче управляемым и более стабильным. Нормативность же в революционном сознании устанавливается достаточно быстро, после спада первых аффектов и иллюзий, когда жизнь берет свое и реальность постепенно возрождается.

Нормативность и фактичность существуют на разных уровнях: долженствование остается почти незатронутым «голой жизнью» и сохраняет нерушимую для нормативистского сознания сферу, тогда как с нормативистской точки зрения все различия «права и беззакония, порядка и беспорядка в конкретной действительности превращаются только в предпосылки применения норм».

Однако и сам порядок способен менять правила и создавать новые нормы. Беспорядок и хаос становятся законом и порядком не на основании самой нормы, но в результате «голого решения». Решение же обосновывает как саму норму, так и порядок: «оно возникает из нормативного ничто и конкретного беспорядка». Для Гоббса суверенное решение есть не что иное, как идеальная диктатура, произвольно устанавливающая закон и порядок, извлекая их из анархической неопределимости внесударственного «естественного состояния», или хаоса³⁸. Юридически пустое пространство «чрезвычайного положения», во время которого закон осуществляется так, словно он приостанавливает свое действие, а суверен может физически осуществлять все, что считает необходимым, прорывает границы, стремясь стать отныне всеобщим и совпасть с нормальным порядком: юридическое и фактическое входят здесь в зону абсолютной неразличимости³⁹.

Чрезвычайное положение, при котором право не сохраняется, но и не утверждается, вводится волевым решением или суверенным насилием. Именно оно «открывает эту зону неразличимости между голой природой и законом, внутренним и внешним, насилием и правом». Суверенное насилие учреждает право, так как оно утверждает законность действия, которое в противном случае было бы незаконным, и поддерживает его, поскольку содержанием нового права является лишь поддержание старого. Когда же новые идеи или прежде

³⁵ Гоббс Т. Указ. соч. С. 213.

³⁶ Розенцвейг Ф. Цит. по: Боянич П. Указ. соч. С. 181.

³⁷ Шмитт К. Диктатура. СПб., 2005. С. 158—159, 167.

³⁸ Шмитт К. О трех видах юридического мышления // Государство. М., 2013. С. 322—326.

³⁹ Агамбен Дж. Указ. соч. С. 53.

подавляемые силы берут верх над насилием, которое до этого момента утверждало право, тогда они основывают свое новое право. На прерывании этого «цикла, который разворачивается в сфере мифических сил права», на свержении права вместе с силами, на которые оно опиралось, на свержении государства и основывается вся новая историческая эпоха⁴⁰. В этом заключается та юридическая негация, которую приносит с собой революция.

«Один из самых общих и очевидных законов одновременно скрытой и поражающей силы действует и становится ощутимым... когда лекарство от заблуждения порождается в самом заблуждении и когда зло, дойдя до определенной точки, уничтожает само себя». Зло, будучи отрицаемым, получает в качестве пределов своей протяженности и долговечности пределы сущности, к которой оно «прилепляется и которую оно пожирает... И тогда новая реальность и благо непременно устремятся на место исчезнувшей, ведь природа не терпит пустоты»⁴¹.

Зато у Гегеля сфера, в которой плохое и злое ради своей объективности остается правильным и приобретает видимость настоящего блага, является в значительной мере открытой сферой легального: легальное же защищает жизнь благодаря все разрушающему принципу силы.

У Гегеля отсутствует какой-либо разрыв между этическими и юридическими порядками, их связывает сфера религии: «Нравственность есть государство, приведенное к своему субстанциональному внутреннему существу, а само государство представляет собой развитие и осуществление нравственности». Субстанциональностью же самой нравственности и государства и является религия: концепция этического государства накладывается на концепцию правового государства.

Патология возникает лишь тогда, когда зазора, который обеспечивала этика, влияя на право, не оказывается в наличии, тогда позитивная норма заполняет все нормативное пространство, получая ложную монополию: «Безумием новейшего времени следует считать стремление изменять пришедшую в упа-

док систему нравственности, государственного устройства и законодательства без одновременного изменения религии, т.е. революцию произвести без реформации»⁴².

Если общество лишено права и отдается во власть голого произвола, то само право охраняется только страхом и готово в любой момент обжаловать этот страх посредством введения новых норм: «Право здесь — это только исходный элемент иррациональной рациональности» (Т. В. Адорно). Формальный принцип эквивалентности тогда превращается в норму, чтобы все мерить единой меркой, однако равенство, в котором, как предполагается, должны исчезнуть различия, втайне только стимулирует неравенство. Нормы отсекают все, что не скрыто и стремится к системности, в которой инструментальная рациональность уже вполне выглядит как реальность: «В диктатурах право непосредственно выходит за границы... управляемых инстанций; опосредованно же за ними скрывается насилие». Личность же, включаясь в юридическую сферу, легко попадает под власть несправедливости⁴³.

Форма правды как обязанности и закона ощущается только чувством, которое еще оставило себе право на произвол, как некая мертвая и холодная буква, и тогда объективированная совесть рассматривает «по праву» объективную нравственность как враждебную себе.

Парадоксальным образом идея естественного права критически охраняет очевидную истину позитивного права. «Неистина — это помещенное в реальность и умножающее господство сознание». Все единичное здесь обобщается в категории порядка (Т. Адорно): рациональная правовая система в состоянии разрушить всякую претензию на справедливость, подразумевая при этом вполне легальную коррекцию неправового в рамках и границах права⁴⁴.

Использовать само беззаконие в качестве жизненной силы в обновлении человечества — такова была мечта Джефферсона. Манипулирование «революцией» как жизненной силой изменения вещей возможно лишь на одном основании — на признании скрытой

⁴⁰ См.: Агамбен Дж. Указ. соч. С. 85—86.

⁴¹ Местр Ж. де. Указ. соч. С. 101.

⁴² Гегель Г. В. Ф. *Философия духа* // Собрание сочинений. М., 1956. Т. 3. С. 335—336.

⁴³ См.: Адорно Т. *Негативная диалектика*. М., 2003. С. 277—278.

⁴⁴ Адорно Т. Указ. соч. С. 278—279.

связи между законом и беззаконием. Потенциальная революционность и потенциальный консерватизм существуют в каждом человеке: силы революции и пассивного послушания — только две стороны одного и того же явления. Поскольку война и мир в равной мере заключены в нашей душе, то и гражданская война, и гражданский мир, революция и законность должны исполнять такие роли, которые в классическом прошлом играли война и мир: здесь только тип военного уступает место революционеру, готовому и к порядку, и к революции, и к охране закона, и к его отмене⁴⁵.

7. СПРАВЕДЛИВОСТЬ ПРОТИВ ЗАКОННОСТИ

Само существование правопорядка и правовая стабильность оказались более важными, чем его справедливость и целесообразность. Правопорядок и стабильность — настоящие и наиболее устойчивые феномены позитивного права, т.е. факты как таковые. И уже поэтому правовая стабильность требует более эффективного применения нормы. Но сами «нормативные факты» все же создаются через идею справедливости, представляя собой некие общности, которые одним и тем же действием и порождают право и основывают на нем свое собственное существование: право оказывается производным продуктом этих общностей.

Более объективным, чем правило поведения, тогда выступает институт, который также является «нормативным фактом». (Х. Арендт будет сожалеть о том, что революции, которые не «дорастают» в своем развитии до состояния стабильных институтов, так и остаются незавершенными.) Институализация позволяет воспроизводить процессы социальной дифференциации, делая их вполне рутинными и не требует для этого постоянного повторения конфликтных ситуаций. Но это — уже путь реформы, а не революции.

При отсутствии каких-либо институциональных основ для легитимности (помимо некоторых неструктурированных и традиционных процессов выборов) само понятие легитимно-

сти начинает связываться не столько с традиционными представлениями, сколько с вопросом об актуальной эффективности и функциональности⁴⁶. (Французские революционные консулы заявляли: революция утверждена на тех принципах, которые ей дали начало⁴⁷.) Но сами революции не могут преодолеть собственную историческую эпоху, поскольку они хотят именно внутри этой конкретной эпохи сделать важным «прежде подавляемое и еще непризнанное», «хотят закрепить образ эпохи именно через ее завершение»: революции для этого насаждают видимость нового начала истории, и тем не менее это только маска, за которой распространяется конкретное убеждение и «выдвижение прошлого в новом перекрашенном виде и изменившемся целеполагании и использовании»⁴⁸: в новом мире рождается новая справедливость.

По мнению Паскаля, не существует каких-нибудь универсальных и природных законов в мире, в которых право совпадало бы с властью, в мире, территориально раздробленном: всего-навсего «на три градуса ближе к полюсу» — и вся юриспруденция летит «вверх тормашками», истина, очевидно, зависит от меридиана, а право подвластно времени. Из-за испорченности человеческой природы «естественные» законы, если таковые существуют, не могут найти своего воплощения и придать обществу идеальную форму: справедливость же — всего-навсего лишь плод привычки, «мистическое основание политической власти и земного права». Власть же на практике всегда коррумпирована и поэтому государство никак не может отождествляться со справедливостью, но его монополия на силу все же необходима, чтобы воспрепятствовать склонности падшего человека к насилию⁴⁹.

Следствием Французской революции стало то, что революционное действие в лице законодателя «обретало статус, перспектива или угроза которого... качественно отличались от мятежных действий и в моральном плане были сопоставимы с тем, во что в иные времена и в иных местах... облачалось величие религиозных изменений»⁵⁰. Законность столь же далеко

⁴⁵ Розеншток -Хюсси О. Великие революции. М., 2002. С. 22.

⁴⁶ См.: Война во время мира : сборник статей. М., 2014. С. 60.

⁴⁷ См.: Дюги Л. Конституционное право. М., 1908. С. 47.

⁴⁸ Хайдеггер М. Размышления VII—IX. М., 2016. С. 68—69.

⁴⁹ См.: Паскаль Б. Мысли. М., 1994. С. 335—336.

⁵⁰ Валлерстайн И. Мир — система модерна IV. М., 2016. С. 183.

удалялась от справедливости, как равенство от свободы.

Согласно Платону, законодатель должен был создавать у людей ясное мнение, разогнав «дымку неразличения». Он должен был убеждать с помощью всяких навыков и рассуждений, что справедливость и несправедливость — точно свет на картине: когда смотришь на несправедливость с точки зрения несправедливой и дурной, она кажется приятной, а справедливость — в высшей степени неприятной, если же смотреть с точки зрения справедливости, то все выходит наоборот⁵¹.

И метафорой революции также становятся все проясняющий свет, побеждающий тьму, жизнь, возрождающаяся из недр смерти, мир, возвращающийся к исходной точке. «Разрушительный порыв, иссякнув, оставляет после себя пустое, открытое до горизонта пространство... Следствием революционного насилия становится создание однородного безграничного пространства, открытого поля, по которому свет разума и права мог бы распространяться во всех направлениях». Токвиль замечает, что революция поступила с этим миром точно так же, как религиозная революция с миром иным»: она рассматривала гражданина абстрактно, вне связи с отдельными сообществами, подобно тому, как религия рассматривает человека, независимо от страны и эпохи. Принцип — вот то первичное слово, стремящееся вобрать в себя всю власть первоначала⁵².

Гегель никогда не допускал даже мысли о том, что законодательная власть может быть главной из властей: ведь есть исполнительная власть, которая значительно лучше и точнее представляет и воплощает собой государственное единство. Верховная власть, по существу, принадлежит не законодательной власти и не создающему ее народу, а государству или еще точнее — монарху, который только словами «я хочу» кладет основу всякой деятельности, всякой реальности⁵³: право же есть только объективная воля, стоящая выше индивидуальной, движущая ею и определяющая ее.

Образцом для французских революционеров стала добродетель римлян. Саллюстий рассуждал: «Добродетель всей души — справедливость». В плане религиозном добродетель

замещает собой благодать, трансцендентность противопоставляется имманентности. Справедливость с небес спускалась на землю, индивид при этом наделялся своей долей, как и общество в целом, добродетель теперь можно было формировать с помощью закона. Подобная добродетель революционной идеи противопоставлялась понятию чести, прежде господствовавшему в аристократическом мировоззрении: перенос этого качества с определенного героя на целое «героическое общество» порождал попутно и новую идею суверенитета — «народного суверенитета» — и делал закон основным принципом нации и государства. Добродетель, которая становится гарантом справедливости, придавала закону особую силу — лишь он был в состоянии определять, а значит, и порождать «преступления», которые прежде не считались таковыми: революционная добродетель Робеспьера была опасна уже тем, что она так и не захотела признавать для себя никаких ограничений. Однако Французская революция заложила в основание общества только формальную волю — в новом обществе правом всегда оказывается именно то, чего требует закон, но за исходный пункт принимаются некие волевые атомы, и тогда формальная воля представляется уже как абсолютная: принцип свободы воли становится враждебным существующему праву, и подобная перемена неизбежно принимает насильственные формы.

Понятию права было придано действительное и абсолютное значение, и на этой основе была выработана конституция: «Но и в этой конституции тотчас же обнаружилось внутреннее противоречие, потому что вся административная власть была передана законодательной власти... Все подводилось под абстрактное понятие закона». И фактическое управление перешло к новообразованному законодательному собранию. Революция как бы заново творила новый мир с его институтами и правом. Внешняя по отношению к существующему порядку революция делала свое дело, в значительной мере зависящее от случайных обстоятельств, расчетливо, подчас спонтанно применяя при этом насилие. «То, что однажды было упущено при основании нового прав-

⁵¹ Платон. Законы // Сочинения. М., 1972. Т. 3. Ч. 2. С. 129.

⁵² Старобинский Ш. 1789 год: эмблематика разума // Поэзия и знание. М., 2002. Т. 2. С. 377—378.

⁵³ См.: Гегель Г. В. Ф. Философия права. М., 2007. С. 357—358; Он же. Лекция по философии истории. СПб., 1993. С. 446—450.

ления, будет... в течение столетий пребывать в прежнем состоянии», и эту ситуацию можно было изменить только посредством новой и всегда опасной революции, которая не совершается по плану и нарушает свободу: здесь все предоставлено на волю провидения»⁵⁴. Творящий закон был намного ценнее, чем закон только «наблюдающий», не созданный, но заново открытый: ведь закон, как и государство, есть «произведение искусства».

Любое новое начинание нуждается в абсолюте, из которого оно проистекает и посредством которого затем объясняется. Но даже первоначальный акт основания, как правило, всегда считался только переустановлением, восстановлением и реставрацией. (Ортега-и-Гассет в связи с этим заметил: «Не что иное, как занудное повторение одной и той же революции» свойственно всем революционным переворотам в Европе, хотя после 1848 г. они старались выдать себя за революцию, оставаясь не чем иным, как замаскированным государственным переворотом⁵⁵). И чтобы утверждаемый революцией новый принцип окончательно завладел умами, для этого мысль должна была соединиться с некой реально действующей силой, мощной чувственной энергией и страстью. Поэтому Руссо и призывал подчиняться не авторитету спекулятивного разума, но практическому разуму, которым является «общая воля»: и Мирабо несколько позже также отождествлял волю и принцип, противопоставляя их «злой частной воле».

В революции «умственный свет» соединяется со взрывом темной стихии, управляющей разрозненной толпой; мысль во время ее перехода к действию захлестывает насилие, не сумев предвидеть его возникновения, мысль пытается разгадать его смысл и управлять им, «говоря на авторитарном языке воззваний и декретов».

Законный порядок, даже сформулированный самым ясным образом, остается тщетным, если не обретает законной силы. Лаконичное и напряженное красноречие якобинцев предстает как попытка магического овладения сознанием людей, но цель его — не столько прояснить суть события, сколько сотворить его в демиургическом акте. И всякое препятствие

на пути распространения революционных принципов в практическом устройстве революционного государства воспринимается как противодействие контрреволюционеров и заговорщиков: «Желая утвердить царство добродетели, революционный разум неизбежно порождает всеобщую подозрительность, а затем и террор». Только посредством непрекращающихся актов насилия можно было добиться победы света над тьмой⁵⁶.

Революция, как представляется, слишком уж амбициозно приняла на себя роль нового пастыря, восприняв от Платона и христианства. Используя рационалистические идеи Просвещения, ее идеологи предлагали строить новый мир по модели идеальной «литературной республики», единственной реальной общности, которая была известна, сразу воплотившей в себе публичное, критическое и всестороннее использование разума. Но очень скоро практика революционной деятельности показала существенный разрыв между этими идеями и реальностью: между «общественным договором» и ужасами террора уже нельзя было ставить знак равенства.

Вместе с тем революция стала представляться неким мифическим разрывом между «концом» и «началом». И поскольку произвольность была заложена уже в самой природе метафизического «начала», оно оказалось вне логики причинных связей, создавая впечатление, что чудесным образом появляется ниоткуда: такая логика требует присутствия творца-начинателя. Макиавелли был уверен, что «основание новой республики или полное реформирование старых институтов существующей может быть делом только одного человека», Мессии, супергероя, вождя⁵⁷.

Кризис революционной мифологии и революционной демократии оказался связанным с утратой предполагаемого равновесия между «сакральной связью клятвы и секуляризацией политического договора — этого плода дуализма духовной и светской власти»: абсолютное упование на право оказалось губительным, потому что «отрицало теплоту, гибкость, изменчивость человеческих отношений, необходимых не только для того, чтобы социальное тело могло функционировать, но еще и жить».

⁵⁴ Кант И. Религия в пределах только разума // Сочинения. М., 1994. Т. 6. С. 131.

⁵⁵ Ортега-и-Гассет Х. Восстание масс. М., 1991. С. 119, 147.

⁵⁶ Старобинский Ж. Указ. соч. С. 381—384.

⁵⁷ Макиавелли Н. Размышления о первой декаде Тита Ливия // Сочинения. М., 2001.

Еще римляне говорили: «Высшее право — это высшая несправедливость». Избыточность же права приводит к ситуации, в которой право становится неосуществимым.

Но нередко угроза исходила и от врожденной склонности к сакрализации политики, теряющей из вида древний дуализм сферы власти и сферы священного⁵⁸. (Куль «высшего существа», провозглашенный во Французской революции, был только духовной формой продолжения вполне материального революционного террора. Вообще появление новых «церквей» и сект в революционные эпохи всегда оказывалось производным от общей политики политического «террора, которому требовалась спиритуальная поддержка».)

Еще Гельвеций полагал, что «возвышенное» есть только осязаемое действие чувства начинающегося страха. Беспочвенные приступы массовой паники всегда предшествовали началу революционной активности и ее эксцессам. При этом невидимые причины оказывались наиболее эффективными и эффективными: террористическое законодательство о «подозрительных» свидетельствовало о невыявленности объектов, содержащих потенциальную опасность для революции, что только усиливало уровень репрессии против неявного врага. И возвышенный пафос революции отнюдь не способствовал смягчению жестокости карательных действий власти: панический иррационализм только еще более деформировал позитивный характер существующего правопорядка.

Законность или легитимность власти основывалась на некоем метафизическом фундаменте, выраженном в длительности и преемственности ее существования: «Следующие на протяжении веков одно за другим правительства одного и того же общества можно рассматривать как одно-единственное правительство, которое всегда существует и постоянно развивается»⁵⁹. Смещающие друг друга власти, формы правления и режимы передавали свой авторитет своим преемникам. Здесь только и можно было говорить о некоем «национальном духе», традиции и других невидимых силах, оказывающих решающее влияние на развитие политической истории.

«На горизонте света и теней мы уже неспособны понять и увидеть ничего, кроме тени. Только она лежит на горизонте добра и зла, истины и лжи. Здесь располагается то, что можно обратить в добро или зло, сделать истинным или ложным», — размышлял Джордано Бруно. Чтобы вырваться из хаоса, нужно было прежде всего вернуть былую силу законам⁶⁰. Для понимания «естественного», т.е., по сути, справедливого права, не имеет значения, устанавливается такое право божественной волей как данное вместе с Богом, или как имманентное Богу. «В то время как правовые положения лежат на поверхности, в то время как правовые институты и правовые понятия своим практическим применением почти что сами собой навязываются сознанию, направляющие право силы покоятся в самых глубочайших недрах и действуют в высшей степени постепенно и, хотя пронизывают весь организм, однако положительно ни на одном месте не выступают так явно, чтобы их можно было заметить». Они являются не чем-либо практическим, не собственно правовыми положениями, а лишь качествами, характерными чертами правовых институтов, общими местами, которые непригодны ни к какому применению, а только оказывают определенное влияние на образование практических положений права: каждое право незаметно получает элементы своей жизни из той почвы, в которой оно пустило корни»⁶¹.

8. ТИРАНИЯ ЗАКОНОВ

Некогда «язычники, не способные постичь всеобщности», которой обладают хорошие законы, в своем педантичном отношении к словам должны были соблюдать законы в их самой общей форме и, «если из-за таковой справедливости в каком-нибудь отдельном случае законы оказывались не только суровыми, но даже жестокими, то люди переносили их как нечто “естественное” либо считали естественным, что у них есть именно такое право» (Дж. Вико)⁶². Естественное стало представляться справедливым: «Человек ненамеренно вызывал к жизни самоподдерживающийся порядок социального

⁵⁸ Проди П. Указ. соч. С. 110—111.

⁵⁹ Жувенель Б. Указ. соч. С. 49.

⁶⁰ См.: Ордини Н. Граница тени. СПб., 2008. С. 114—115.

⁶¹ Иеринг Р. Дух римского права. СПб., 1873. С. 62—63.

⁶² Вико Дж. Основания новой науки. Л., 1940. С. 30.

космоса и делал это благодаря тому, что стремился к идеалу, названному им самим справедливостью». Этот идеал оказывался стоящим выше всех институтов и более результативным, чем сами эти институты. Вокруг него и складывалась вся та совокупность правил, регулярное соблюдение которых порождало фактический порядок действий, некоторые из которых по решению законодателя приобретали юридическую силу, а другие только фактически соблюдались (Ф. Хайек).

Конечно же, справедливо подчиняться справедливости, но при этом нельзя не подчиниться силе: справедливость, не поддержанная силой, немощна, сила же, не поддержанная справедливостью, тиранична. Справедливость можно оспорить, сила же неоспорима, поэтому справедливость так никогда и не стала сильной — сила не признавала ее, полагая только себя одну справедливой. «И неспособные сделать справедливость сильной люди положили считать саму силу справедливой» (Паскаль)⁶³. Принципы права уже давно оказались автоматически включенными в систему силы суверенного государства: даже уходя, абсолютная монархия оставляла после себя идею абсолютного могущества. Революция не могла этим не воспользоваться.

Оказалось, что право также бессильно установить заметный пограничный пункт, который не должна была переходить суверенная власть, для нее могут существовать моральные, исторические, политические, социальные границы, но она не имеет юридических границ. «Государство, этот творец права, не может быть само подчинено праву, ведь нет какого-то права, направленного против государства». Р. Иеринг оценивал право как «хорошо понятую политику силы, не политику страсти и мимолетного интереса, а политику с широким и далеким кругозором»⁶⁴. Именно революция может открыть самые широкие горизонты для такой политики, и тогда право как олицетворенная справедливость приобретет собственную самозаконность и норма сможет творить только норму. Революционный нормативизм рождается достаточно быстро, насыщая своими продуктами все правовое пространство и вытесняя революционное правосознание.

Норма или правило само по себе еще не создает порядка: «скорее лишь на почве и в рамках данного порядка она выполняет определенную регулирующую функцию». Порядок же стоит выше самой нормы, и он конкретен в отличие от безличной и объективной нормы. Поэтому в революции порядок всегда первичен, и нормы оформляют его только с некоторым опозданием. (Как заметил К. Шмитт, любое правоведческое изучение комбинированных двойных слов типа «правопорядок», «господство закона», «действие норм» допускает проявление двух различных способов юридического мышления: абстрактного типа, связанного с правилами и нормами, и типа, связанного с конкретным порядком⁶⁵.)

«Тирания законов» в эпоху революций была выгодна «могущественным» победителям и враждебна «естественному праву народов». Казуистика героических времен, сохранивших буквальное значение законодательных формул, тогда не исчезает вовсе, а только видоизменяется. Она переходит к формациям юристов. И тогда цивилизация приводит к новому варварству рассудка и рефлексии. Варварство рефлексии соблюдает слова, а не дух законов и установления, и поэтому оно значительно хуже, чем прошлое «варварство чувств», которое еще верило, что справедливо — все то, что его поддерживает, т.е. звуки слов, а варварство рефлексии, хоть и верит, что справедливо то, что имеют в виду установления и законы, но стремится обойти это суеверием одних слов (Дж. Вико). Отвлеченные формулы права оказываются настолько узкими, что справедливость находит себе защиту только в высшей милости: не господство непогрешимых законов, но как раз отступление от жестких норм рациональной юриспруденции может стать основой человеческого правосудия, которое рассматривает истинность фактов: остатки «иррациональных времен» и чувства могут спасти рассудок и справедливость от бессмыслицы (как, например, лишь монархия может спасти от формализованной и обезличенной жестокости республики, основанной на богатстве)⁶⁶.

Макс Вебер заметил, что харизматическая власть бывает наиболее уязвима в момент передачи власти: харизматический правитель

⁶³ Паскаль Б. Указ. соч. С. 338.

⁶⁴ Цит. по: Дюги Л. Указ. соч. С. 72.

⁶⁵ Шмитт К. О трех видах юридического мышления. С. 316.

⁶⁶ Вико Дж. Указ. соч. С. XVIII—XIX.

может увековечить себя, лишь уничтожая себя в качестве харизматика. Легитимность же такого правителя рождается в кризисе, и он сам является основанием собственной легитимности: потеря экстраординарности означает для него «рутинизацию харизмы»⁶⁷. (М. Вебер говорил о современной ему демократии: «Самая распространенная форма легитимности — это вера в легальность». Карл Шмитт предупредительно замечал по этому поводу: беспрецедентность и формализм легалистской теории создают иллюзию, что «можно открыть легальный путь и легальную процедуру для всех мыслимых, даже самых радикальных и революционных устремлений, целей и движений, чтобы они смогли достичь своей цели без насилия и без переворота, т.е. такую процедуру, которая бы учреждала порядок и была ценностно нейтральна»⁶⁸.)

Но легитимность не исчерпывается законностью. В «пороговых ситуациях» суверенитет как бы кристаллизуется, используя исключительно политические решения, которые принимает исполнительная власть: «Закон создает не истина, а власть». К. Шмитт к этой трактовке применяет понятие «номос» в его изначальном смысле — «абсолютная непосредственность не опосредованной законами силы права», конституирующая историческое событие, акт легитимации, придающий смысл легальности голого закона.

Пространственный и юридический порядок выступает здесь как конкретный территориальный порядок, непосредственный образ, который, в свою очередь, делает зримым космический и социальный порядки: «У правовых понятий явно пространственное происхождение: сила порождает право, акт легитимации предшествует праву, поэтому и “номос” противопоставляется закону, понятому только как статут»⁶⁹. Правосудие, благодаря публичности, поднимается над всеми и, хотя может подвергнуться обсуждению и декретированному видоизменению, начинает выражать порядок, считающийся священным⁷⁰: решения революционных трибуналов всегда носят безапелляционный, окончательный характер.

Если справедливость является для революции критерием ее целей, то законность — критерием применяемых ею средств, и если позитивное право слепо в отношении безусловности целей, то «естественное» право — в отношении условности средств: теория позитивного права четко различает санкционированное и несанкционированное насилие. Вальтер Беньямин подчеркивал: «Любое поведение, когда оно активно, следует называть насилием, если оно осуществляет предоставленное ему право, чтобы свергнуть правопорядок, дающий ему же это право».

Однако новые отношения уже по факту признаются как новое право, независимо от того, требуют ли они какой-либо гарантии фактически, чтобы существовать в дальнейшем, или нет. (По типу «права войны», когда правовые субъекты санкционируют применение силы при достижении естественных целей, такому насилию свойствен правоустанавливающий характер.) В этом случае некие внешние силы принуждают государство признать правоустанавливающий характер насилия: принуждение становится средством для достижения правовых целей и уже носит характер правоподдерживающей функции⁷¹.

В предреволюционную эпоху, предшествующую Просвещению, власть закона никогда не переживалась только как пустая и бессмысленная форма, ни на чем не основанная, напротив, закон привлекал своей харизматической силой. И только перед уже просвещенным взором мир общественных обычаев и правил предстает как «бессмысленная машина», которую мы вынуждены просто принимать такой, какая она есть. Кантовский категорический императив — это и есть закон, обладающий неопровержимой безусловной властью, но властью, не имеющей отношения к истинности⁷². (Кант полагал, что лишь в публичном виде справедливость может стать прозрачной для разума. Поэтому легитимность восстания, свергающего тирана, может быть установлена только посредством трансцендентного принципа публичности⁷³. Философия Просвеще-

⁶⁷ См.: Бурдые П. О государстве. М., 2016. С. 573.

⁶⁸ Шмитт К. Легальность и легитимность // Государство. С. 230.

⁶⁹ См.: Шмитт К. Номос земли. СПб., 2008. С. 56.

⁷⁰ См.: Вернан Ж.-П. Происхождение древнегреческой мысли. М., 1988. С. 72.

⁷¹ Беньямин В. К критике насилия. С. 73—74.

⁷² Жижек С. Возвышенный объект идеологии. М., 1999. С. 85—86.

⁷³ Кант И. К вечному миру // Сочинения. Т. 6. С. 303.

ния доведет до крайности эту подмену «идеи предмета», когда «добро» вообще будет отождествляться с родовой волей и когда господствующей становится идея «всеобщего и общезначимого». На этот идеал должны были равняться конкретные и позитивные формы права, ему подчинялись и «социальные критерии публичного права, позволяющие утверждать, что такой предмет вообще существует»⁷⁴).

Со времени Французской революции идеологический мир и революционная мифология стали все больше превращаться в мерило политической действительности посредством законодательства. Здесь «естественный» закон неизбежно сталкивается с позитивным законом законодателя и, чтобы оставаться действенным, закон должен соответствовать закону справедливости, а право начинает господствовать и торжествовать в своей искусственной форме.

Легитимирующая право и государство справедливость соединяет «взаимность в кооперации с сообществом властных представлений» относительно идеи права и несправедливости, т.е. содействует их публичному осуществлению. В качестве «права против права» легализованное сопротивление оказывается не составляющей частью правового порядка, а скорее уже новым «правом вне права»⁷⁵.

Как для юридической, так и для теологической герменевтики конституирующим является напряжение, существующее между данным текстом (законом или благой вестью), с одной стороны, и тем смыслом, который он приобретает в результате его применения и конкретной ситуации истолкования. Закон не претендует на то, чтобы быть понятым исторически, но должен быть путем истолкования конкретизирован в своей правовой значимости. Чтобы адекватно воспринять текст закона в соответствии с выдвигаемыми им претензиями, необходимо в каждый данный момент конкретной ситуации понимать его по-новому и по-иному: «понимание здесь всегда уже является применением»⁷⁶.

Мартин Хайдеггер говорил о революции как о перевороте, экзистенциально уже имеющемся и существующем в наличии и никогда не превращающемся в нечто иное: он может только подготавливать превращения, но может их и подрывать. «Революционность несет с собой только видимость изначальности и лишь до тех пор, пока сохраняет оценку себя самой через переоценку того, что она перевернула. Революции никогда не являются по-настоящему радикальными: ибо корни имеет то, что исходит и основывает из себя простое — бытийствующее — как свою основу. Но революция всякий раз являет собой начало завершения того, что лишь наугад ищет осуществления «своей сущности»⁷⁷. Всякое начало делается более «начальным», только обращаясь назад к своим истокам: победителями могут быть лишь закладывающие начало: «есть у революции начало, нет у революции конца».

В функционалистской логике без субстанции и содержания в представлениях об арифметическом большинстве как правопорождающем единстве исчезают все гарантии справедливости, сами понятия законности и легальности. Наличная и правомерная воля входит тогда в противоречие с нормативистской фикцией замкнутой системы легальности. Законы, принятые революцией, призванные ее расширить и углубить, начинают ее сдерживать и ограничивать. На смену психологии и аффекту приходит бездушный нормативизм.

В «законодательном государстве» господствует закон, отделенный от применения, а следовательно, господство и власть в чистом виде здесь отсутствуют, а все действия осуществляются от имени закона. Для революции же всегда важнее правоприменение, а не всеобщая и абстрактная легальность осуществления власти. И тогда на смену «государству законодательства» в революционном катализме, в возникающем из хаоса порядке приходит «государство правительства» (или «государство управления»), в котором господствуют суверенная личная воля, авторитарный приказ и целесообразность⁷⁸.

⁷⁴ Шелер М. Ресентимент. СПб., 1999. С. 165.

⁷⁵ Хеффе О. Справедливость. М., 2007. С. 91, 171.

⁷⁶ Гадамер Ж.-Г. Истина и метод. М., 1988. С. 365—366.

⁷⁷ Хайдеггер М. Указ. соч. С. 62, 270.

⁷⁸ Шмитт К. Легальность и легитимность // Государство. С. 225—226

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Агамбен Дж. Оставшееся время. — М., 2018.
2. Амфитеатров А. Дьявол в быту, легендах и в литературе Средних веков. — СПб., 2010.
3. Батай Ж. Суверенность // Проклятая часть. — М., 2006.
4. Бенъямин В. К критике насилия // Учение о подобии. — М., 2012.
5. Бодрийяр Ж. В тени молчаливого большинства, или конец социального // Ясперс К., Бодрийяр Ш. Призрак толпы. — М., 2007.
6. Гоббс Т. Соч. : в 2 т. — М., 1989. — Т. 1.
7. Делюмо Ж. Ужасы на Западе. — М., 1994.
8. Дюги Л. Конституционное право. — М., 1908.
9. Жирар Р. Я вижу Сатану, падающего как молния. — М., 2015.
10. Исаев И. А. Политическая демонология Карла Ясперса // Философия и психопатология. — М., 2006. С. 130—133.
11. Крик Э. Продолжение идеализма. — М., 2004.
12. Кьеркегор С. Понятие страха. — М., 2014.
13. Лосский В. Очерк мистического богословия Восточной церкви // Мистическое богословие. — Киев, 1991.
14. Мангейм К. Человек и общество в эпоху преобразований // Диагноз нашего времени. — М., 1994.
15. Местр Ж. де. Опыт об общем начале политических конституций // Об отсрочке божественного правосудия в наказании виновных. — СПб., 2017.
16. Ницше Ф. Греческое государство // Философия в гражданскую эпоху. — М., 1994.
17. Ортега-и-Гассет Х. Восстание масс // Дегуманизация искусства. — М., 1991.
18. Розеншток-Хюсси О. Великие революции. — М., 2002.
19. Жижек С. О насилии. — М., 2010.
20. Шелер М. Ресентимент. — М., 2000.
21. Эвола Ю. Люди и руины. — М., 2000.

Материал поступил в редакцию 16 марта 2018 г.

"THE MYSTERY OF LAWLESSNESS", OR REVOLUTIONARY JUSTICE. PART 2

ISAEV Igor Andreevich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of History of the State and Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
kafedra-igp@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul.Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article is devoted to one of the most important problems of legal theory, namely, the problem of "just law." All great revolutions pursued the objective of achieving social justice that was primarily associated with the equality of all before the law. To a large extent, this explains surprising overlapping of algorithms in compliance with which the revolutions developed having passed through the same stages of formation. During the revolution, the idea of equality is often replaced by the idea of freedom. The clash of the old departing legal order with the new revolutionary legislative norms created a specific situation, a state of emergency, i.e. an anomie, when the operation of any law was suspended. However, the statehood itself, despite the change in its form, continued to exist. The need to create a new law required the development of a new legal order; as the result of the development of law, constitutive and regulatory acts that envisaged the newly established order were adopted. The author focuses on the historical experience of the English and French revolutions comparing it with the experience of other revolutions.*

Keywords: *law, statute, legality, legitimacy, legality, sovereignty, norm, constitution, custom, power, dictatorship, democracy, parliament, revolution, rebellion, insurrection, force, liberation.*

REFERENCES

1. Agamben J. *Homo sacer. Chrezvychaynoe polozhenie* [Homo sacer. State of Exception]. Moscow, 2011.
- Agamben J. *Ostavsheesya vremya* [The Time that Remains]. Moscow, 2018.
2. Amfiteatrov A. *Dyavol v bytu, legendakh i v literature Srednikh vekov* [The Devil in Everyday Life, Legends and Literature of the Middle Ages]. St. Petersburg, 2010.
- Bassiouni K. *Vospitanie narodoubiys* [Macht Oder Mundigkeit]. St. Petersburg, 1999.
3. Bataille G. *Suverennost. Proklyataya chast* [Sovereignty. The Accursed Share]. Moscow, 2006.
4. Benjamin V. *K kritike nasiliya. Uchenie o podobii* [To the Criticism of Violence. The Doctrine of Similarity]. Moscow, 2012.
5. Baudrillard J. *V teni molchalivogo bolshinstva, ili konets sotsialnogo*. [In the Shadow of the Silent Majority, or the End of the Social]. Jaspers K., Baudrillard S. *Prizrak tolpy* [The Phantom of the Crowd]. Moscow, 2007.
6. Hobbes T. Works: In 2 vols. Moscow, 1989. Vol. 1.
7. Delumo J. *Uzhasy na zapade* [Horrors in the West]. Moscow, 1994.
8. Dyugi L. *Constitutional Law*. Moscow, 1908.
9. Girard R. *Ya vizhu satanu, padayushchego kak molniya* [I see Satan Fall Like Lightning]. Moscow, 2015.
10. Isaev I.A. Politicheskaya demonologiya Karla Yaspersa [Political demonology of Karl Jaspers]. *Filosofiya i psikhopatologiya* [Philosophy and Psychopathology]. Moscow, 2006.
11. Krik E. *Prodolzhenie idealizma* [Continuation of idealism]. Moscow, 2004.
12. Kierkegaard S. *Ponyatie strakha* [The concept of fear]. Moscow, 2014.
13. Lossky V. *Ocherk misticheskogo bogosloviya Vostochnoy tserkvi* [Essay on the mystical theology of the Eastern Church]. *Misticheskoye bogoslovie* [Mystical theology]. Kiev, 1991.
14. Mannheim K. *Chelovek i obshchestvo v epokhu preobrazovaniy* [The Man and the society in the era of transformation]. *Diagnoz nashego vremeni* [Diagnosis of our time]. Moscow, 1994.
15. Mestre G. *Sankt-peterburgskie vechera* [St. Petersburg evenings]. St. Petersburg, 1998.
16. Nietzsche F. *Grecheskoye gosudarstvo* [The Greek State]. *Filosofiya v grazhdaskuyu epokhu* [Philosophy in the Civil Epoch]. Moscow, 1994.
- Gumplovich L. *Osnovy sotsiologii* [Fundamentals of Sociology]. Moscow, 2010.
17. Ortega y Gasset J. *Vosstanie mass* [Accession of the masses]. *Degumanizatsiya iskusstva* [Dehumanization of art]. Moscow, 1991.
18. Rosenstock-Hussie O. *Velikie revolutsii* [Great Revolutions]. Moscow, 2002.
19. Zizek S. *O nasilii* [On Violence]. Moscow, 2008.
20. Scheler M. *Resentiment* [The resentment]. St. Petersburg, 1999.
21. Evola G. *Lyudi i ruiny* [People and ruins]. Moscow, 2000.